



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2005

Die Verfassungskontrolle ist aus dem Gleichgewicht

Poledna, Tomas ; Häner, Isabelle ; Gächter, Thomas

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-175453>

Newspaper Article

Published Version

Originally published at:

Poledna, Tomas; Häner, Isabelle; Gächter, Thomas. Die Verfassungskontrolle ist aus dem Gleichgewicht.

In: NZZ, 20 July 2005, 15.

Die Verfassungskontrolle ist aus dem Gleichgewicht

www.nzz.ch

Gegen den Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit werden zumeist demokratische Argumente vorgebracht. Der folgende Beitrag untersucht, ob die durch das Bundesgericht sowie das Parlament und das Volk ausgeübte Verfassungskontrolle den heutigen Anforderungen noch genügt. Er stellt dabei ein gewisses Versagen der demokratischen Verfassungskontrolle durch das Parlament fest.

20.7.2005

Dass die Schweiz nicht über ein eigentliches Verfassungsgericht verfügt, hat historische Gründe. Die vom Denken der «Demokratischen Bewegung» massgeblich beeinflusste Bundesverfassung von 1874 prägt das schweizerische Konzept der Verfassungskontrolle bis heute. Seit 1874 können das Gesetzesreferendum auf Bundesebene und die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts gegenüber kantonalen Akten als die traditionellen Mittel der Verfassungskontrolle gelten. 1874 herrschte die Überzeugung vor, dass die Entscheidungen eines obersten Gerichts keine höhere Geltung beanspruchen dürften als demokratisch legitimierte Gesetze. Die Kontrolle über die Einhaltung der Verfassung wurde auf Bundesebene damit in die Hände des Gesetzgebers und somit letztlich in jene des Volkes gelegt.

Gegen volle Verfassungsgerichtsbarkeit

Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts gegenüber kantonalen Akten kann problemlos als Mittel der rechtsstaatlichen Verfassungskontrolle verstanden werden. Aus heutiger Optik fällt dies hingegen beim demokratisch begründeten Geltungsvorrang von Bundesgesetzen gegenüber der Bundesverfassung schwerer. Bereits

seit vielen Jahrzehnten wird deshalb die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen gefordert. Eine entsprechende Volksinitiative scheiterte jedoch 1939 deutlich. Auch den Vorschlägen, im Zusammenhang mit der neuen Bundesverfassung von 1999 eine beschränkte konkrete Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen einzuführen, blieb bereits in der parlamentarischen Beratung der Erfolg versagt. Noch heute scheint das Konzept der «Demokratie als Hüterin der Menschenrechte» (Zaccaria Giacometti) eine Mehrheit der Politikerinnen und Politiker zu überzeugen.

Die Kontrolle durch das Bundesgericht

Die gerichtliche Verfassungskontrolle wird in erster Linie durch das Bundesgericht wahrgenommen. Durch das Rechtsmittel der staatsrechtlichen Beschwerde werden die verfassungsmässigen Rechte der Individuen, insbesondere die Grundrechte und die Verfahrensgarantien wie der Anspruch auf rechtliches Gehör, besonders geschützt und verfahrensmässig abgesichert. Anfechtbar sind dabei kantonale Erlasse und Verfügungen. Das in der vergangenen Sommersession von den eidgenössischen Räten verabschiedete Bundesgerichtsgesetz wird dieses System grundsätzlich beibehalten. Daran ändert auch die Einführung der Einheitsbeschwerde nichts.

Im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde kann das Bundesgericht nicht nur angerufen werden, wenn gegen eine Verfügung der kantonalen Behörde, z. B. gegen die Verweigerung einer Baubewilligung, eine Verletzung der verfassungsmässigen Rechte geltend gemacht wird, sondern auch, wenn kantonale Gesetze oder Verordnungen die verfassungsmässigen Rechte verletzen. Im Rahmen dieser sogenannten abstrakten Normenkontrolle können die vom kantonalen Parlament und allenfalls vom Volk erlassenen Gesetze daraufhin geprüft werden, ob sie die Verfassungsrechte der Bürgerinnen und Bürger respektieren.

Diese besondere, verfahrensrechtliche Hervorhebung der verfassungsmässigen Rechte gab und gibt es gegenüber den

Hoheitsakten des Bundes nicht. Die verfassungsmässigen Rechte können zwar gegenüber einer Verfügung von Bundesbehörden auch vor Bundesgericht angerufen werden, soweit der Beschwerdeweg offen steht. Allerdings wird sich - aufgrund der verfahrensrechtlichen Konstellation, in der sich die anfechtbare Verfügung immer auf Bundesverwaltungsrecht abstützt - der Streit häufig in erster Linie um die Verletzung von Bundesverwaltungsrecht drehen. Das Bundesgericht hat in diesen Fällen die Bundesgesetze zudem auch anzuwenden, wenn sie verfassungswidrig sind. Gegenüber den Bundesgesetzen ist die Verfassungsgerichtsbarkeit ausgeschlossen (Art. 191 der Bundesverfassung).

In quantitativer Hinsicht haben sich jedoch erhebliche Verschiebungen ergeben, die sich zunehmend als problematisch erweisen. Da die grosse Mehrzahl der Gesetzgebungskompetenzen 1874 noch bei den Kantonen lag, erstreckte sich die Verfassungsgerichtsbarkeit damals materiell über einen verhältnismässig viel weiteren Bereich als heute. Heute hat das Bundesverwaltungsrecht erheblich an Umfang und Gewicht gewonnen, das kantonale Verwaltungsrecht dagegen an Relevanz eingebüsst. Damit geht auch ein Bedeutungsverlust der richterlichen Fortbildung der Grundrechte einher.

Die demokratische Kontrolle

Die Verfassungsgerichtsbarkeit steht in einem komplexen Verhältnis zur Volks- und Parlamentsouveränität und damit auch zum Demokratieprinzip und zum Föderalismus. Das Volk oder (zum Teil) an dessen Stelle die Bundesversammlung als «oberste Gewalten» geniessen den Status der Unantastbarkeit, der zuweilen mit Unfehlbarkeit gleichgesetzt wird. Es widerstrebt dem überkommenen schweizerischen Staatsverständnis, ein demokratisch minder legitimates Gericht einzusetzen, das Akte des Bundesgesetzgebers prüfen und korrigieren könnte.

Die Überordnung des Bundesgesetzgebers bezieht ihre innere Rechtfertigung einerseits aus der Bevorzugung des demokratischen Elements, andererseits aus der traditionellen Selbstbeschränkung des

Parlaments, die Verfassung bewusst zu brechen. Letzteres ist eng mit dem parlamentarischen Konsensdenken und der Suche nach Ausgleich verbunden. In diesem Rahmen fanden Verfassungsinteressen auch immer wieder Eingang in die Gesetzgebung und liessen den Mangel an Verfassungsgerichtsbarkeit als praktisch wenig akut erscheinen.

Aus staatsrechtlicher Sicht ist diese demokratische Verfassungskontrolle deshalb problematisch, weil sich die Verfassung durch das obligatorische Referendum in demokratischer Hinsicht und durch das Ständemehr auf der föderalistischen Ebene als qualifizierter erweist als ein Bundesgesetz. Ein Bundesgesetz untersteht bloss dem fakultativen Referendum und benötigt auch die Zustimmung der Stände nicht; faktisch ist es dem Parlament aber möglich, wegen der mangelnden Verfassungsgerichtsbarkeit die Verfassung ohne weitere Folgen zu missachten. Der Gedanke, dass über die Verfassungsgerichtsbarkeit demokratisch fundiertere und dauerhaftere Werte zum Durchbruch gelangen, als dies bei den kurzfristiger angelegten gesetzgeberischen Entscheiden der Fall ist, vermochte bisher keine Änderung der Positionen zu bewirken.

Politischer Verfassungsbruch

Das System der austarierten Verfassungsinteressen, wie es in der Bundesverfassung vorgegeben ist, droht in eine Schieflage zu geraten, wenn das Parlament nicht konsequent bemüht ist, die Verfassung zu respektieren. Die Polarisierung der politischen Lager und eine zunehmende Überforderung des Parlaments führen vermehrt dazu, dass Verfassungswerte missachtet werden. Dabei zählen zu den Verfassungswerten nicht nur die Grundrechte, sondern etwa auch die Grundlagen der Aufgabenteilung zwischen Parlament und Bundesrat sowie zwischen Bund und Kantonen.

Diese Tendenz kann am Beispiel des kürzlich verlängerten Ärztestopps in der Krankenversicherung veranschaulicht werden. In diesem Fall hat die Bundesversammlung für sechs Jahre eine gravierende und verfassungsrechtlich äusserst fragwürdige Regelung getroffen. Darüber hinaus hat sie die Festlegung nahezu aller Rahmenbedingungen dem Bundesrat überlassen. Das Bundesgericht

äusserte mehrfach seine Bedenken zur getroffenen Lösung, hielt jedoch fest, dass es sogar bei einer derart weit gehenden Delegation der Gesetzgebung an den Bundesrat keine Verfassungskontrolle ausüben könne (BGE 130 I 26). Gleich urteilte das Bundesgericht bei der Prüfung einer Gebührenerhebung für ein Verfahren vor der Wettbewerbskommission. Die Regelung der Gebührenhöhe und der Bemessungsgrundlagen wurde - ohne Konsequenzen und im Widerspruch zur Verfassung - an den Bundesrat delegiert (BGE 128 II 247).

Versagen der Verfassungskontrolle

In Fällen, in denen der Gesetzgeber die grundlegenden Entscheidungen nicht mehr selber trifft, sondern diese zur Vermeidung von Konflikten oder aus Überforderung an die Exekutive delegiert, bahnt sich eine verfassungsrechtlich bedenkliche Entwicklung an. Wenn der Bundesgesetzgeber (Parlament und allenfalls Volk) auf die Ausübung der «obersten Gewalt» verzichtet und durch die weitgehenden Delegationen das Gesetzesreferendum faktisch aushebelt, entzieht er dem Verzicht auf die Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen seine innere Rechtfertigung. Er verletzt dadurch darüber hinaus die geltende Bundesverfassung in dem Sinne, als diese alle wichtigen Entscheide dem Gesetzgeber vorbehält (Art. 164 der Bundesverfassung).

Wiederherstellung des Gleichgewichts

Das auf einem historischen politischen Kompromiss beruhende System der Verfassungskontrolle nimmt den Bundesgesetzgeber stark in die Pflicht: Ihm kommt die zentrale Rolle zu, den Grundwertungen der Bundesverfassung zum Durchbruch zu verhelfen. Nimmt er Verfassungsverletzungen in Kauf oder entzieht er wichtige Fragen der demokratischen Entscheidungsfindung, indem er weit gefasste Kompetenzdelegationen an den Bundesrat vornimmt, so unterwandert er das geltende Verfassungssystem und beraubt sich damit seiner Legitimation. De lege lata liegt es in erster Linie in der

Hand des Parlaments, für eine Wiederherstellung des Gleichgewichts zu sorgen.

Die genannten Beispiele zeigen, dass sich das Bundesgericht nach wie vor selbst bei der Überprüfung von Verordnungsrecht, das auf (zu) weit gefassten Delegationsgrundlagen beruht, stark zurückhält und die gesetzgeberische Delegation strikt respektiert. Es fragt sich, ob diese Zurückhaltung des Bundesgerichts auch dann angebracht ist, wenn die verfassungsrechtliche Aufgabenteilung zwischen Bundesversammlung und Bundesrat offensichtlich verletzt wird. Hier öffnet sich dem obersten Gericht ein Handlungsspielraum, um eine Verfassungskontrolle auszuüben.

Je offensichtlicher die partielle Nichtbeachtung der Verfassung durch den Bundesgesetzgeber wird, je weniger also die überkommenen Instrumente der Verfassungskontrolle greifen, desto berechtigter erscheint der Ruf nach einem Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen.

* Tomas Poledna und Isabelle Häner sind in der Advokatur tätig und lehren Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Zürich. Thomas Gächter ist Professor für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht an den Universitäten Luzern und Zürich.

[Artikel anzeigen](#)

